

# 訴訟手続の違憲を理由とする上告と破棄差戻し

## Quashing and Remand about a Final Appeal on the Base of Reason of Constitutional Violation in Court Proceedings

渡邊 和道 Kazumichi WATANABE

### 概要

本稿は、民事訴訟法 312 条 1 項に基づく上告のうち、特に訴訟手続の違憲を理由になされたものについて、その破棄差戻しのあり方を判例の検討を通じて考察するものである。

本稿では、①上告裁判所は、破棄差戻しに際して、違反したとされる憲法または法令を明示すべきこと②裁判所の手続的瑕疵を理由とする上告の場合、憲法上の基本原則を内包する条文が民事訴訟法上に存在するのであれば、必ずしも憲法レベルでの判断をする必要はなく、民訴法の条文の解釈をもって同条違反のレベルとして把握することも可能である。憲法上の基本原則を内包する民事訴訟法の条文としては、裁判所の責務規定を定める民訴法 2 条が適当であること③民訴法 2 条の「公正かつ迅速」という文言に関しては、「公正」と「迅速」の同時達成については努力義務であると解されるが、「公正」の要請単体は努力義務ではなく、たとえ「迅速」の要請が後退してでも守られるべき裁判所の義務（公正義務）であること④公正義務の内容としては、手続的デュー・プロセスと信義則が考えられることの 4 つを私見として提示した。

### キーワード

破棄差戻し、民事訴訟法第 2 条、手続的正義、信義則

### 目次

- 1 はじめに
- 2 検討対象の判例
- 3 検討
- 4 私見
- 5 まとめ

### 1 はじめに

民事訴訟法 312 条 1 項は、上告の理由について、「上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる。」と定めている。同条同項の「判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」とは、次の場合であると考えられている<sup>1</sup>。

①原判決が合憲と判断して適用した一定の法令が憲

法に反する場合。

②原判決が一定の行政処分を合憲と判断したが、その行政処分が憲法に反する場合。

③元判決が違憲と判断して適用しなかった法令や違憲と判断して取り消した行政処分が憲法に適合する場合。

④原判決の基礎となった訴訟手続や判決手続、原判決をした裁判所の構成等が憲法に反するため、原判決自体が違憲である場合。

ところで、違憲「立法」審査および違憲「(行政)処分」審査については、憲法学や行政法学の領域において古くから研究がなされてきた。一方で、裁判

<sup>1</sup> 笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013 年）〔笠井正俊〕1068 頁。

所の裁判も憲法第81条にいう「処分」に該当するにもかかわらず<sup>2</sup>、違憲「(司法) 手続」審査の想定、およびその研究は、これまでほとんどなされてこなかったように思われる。

本稿は、民訴法312条1項に基づく上告のうち、特に訴訟手続の違憲を理由になされた場合、すなわち上記④の場合についての、破棄差戻しのあり方を考察するものである。

## 2 検討対象の判例

近年の判例の傾向を考察に取り入れるため、本稿では、民事訴訟における「非訟的手続」に着目することにした。「非訟的手続」とは、管轄、忌避、文書提出命令に関する手続など、判決に向けた手続の中で、訴訟物に関する問題そのものではないが、先行して解決しない限り手続を進めることができない事項について、簡易迅速に決めていく手続のことを指し<sup>3</sup>、非訟事件手続法別表の事件、家事事件(家事審判及び家事調停に関する事件)などを意味する「非訟事件」とは区別される<sup>4</sup>。

非訟事件手続法と家事事件手続法の施行によって、非訟事件一般の手続保障の充実は図られたが、民事訴訟における非訟的手続については、未だ条文による手当てがなされていない部分が存在する。以下に紹介する平成23年決定は、そうした条文による保障のない部分についての問題が顕在化した例である<sup>5</sup>と考える。

本稿では、こうした民事訴訟における非訟的手続について焦点を当てることから、上告および上告審の訴訟手続を準用する(民訴法336条3項、同327

条1項・2項)特別抗告の事例を検討の対象にする。

### 2.1 最決平成20年5月8日家月60巻8号51頁(平成20年決定)

以下、重要と思われる部分に傍線を付した。

#### 【事案】

Yと婚姻関係にあったXは、Yと別居し離婚調停を申し立てたが、不調に終わり、婚姻費用分担の調停が本件審判に移行した。一審は、Yが支払うべき分担金額を月額12万円とした上で、既発生の分担金債務から既払額を控除した額の支払を命じた。Xは即時抗告。抗告審は、分担金として月額16万円が相当として、原審判を変更した。これに対し、Yは、Xの抗告申立てに際しYに対して抗告状および抗告理由書の副本が送達されていなかったため、Yは抗告審において反論の機会を与えられないまま不利益な判断を受けたとして、原審の手続の憲法31条・同32条違反を理由に特別抗告を申し立てた。

#### 【決定要旨】

抗告棄却。

本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、憲法32条の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、抗告人(原審における相手方)に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということはでき」ない。

なお、本件記録によれば、原審においては、抗告人に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがうかがわれ、抗告人は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとすると、原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、「少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきである」。以上のとおり、原審の手続には問題があるといわざるを得ないが、「この点は特別抗告の理由には当たらない」。

<sup>2</sup> 最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁参照。

<sup>3</sup> 条文としては、決定で裁判するという形をとることが多い。例えば、民訴法第87条1項ただし書の「決定で完結すべき事件」が非訟的手続であるとされる。新堂幸司「＜講演＞手続保障をめぐる理論・判例・立法の動き」上智法学論集56巻1号(2012年)6頁。

<sup>4</sup> 新堂・前掲注(3)5頁。

<sup>5</sup> 平成23年決定で顕在化した問題点を立法解決すべきであるという提案がなされている。三木浩一＝山本和彦編「抗告状の写しの相手方等への送付」『民事訴訟法の改正課題』ジュリスト増刊(有斐閣、2012年)162頁。

### 【田原補足意見】

田原補足意見は、憲法 31 条の定める適正手続の保障は、同条が直接規定する生命若しくは自由に対する規制の場面だけではなく、国または国家機関が、国民に対して一定の強制力を行使する場合に守られるべき基本原則というべきものであり、「刑事手続だけでなく、民事手続や行政手続においても同条（憲法 31 条―筆者注）は類推適用されるべきものであり」とし、裁判手続において同条の適正手続が保障されていないときには、憲法違反の問題が生じ得るとしつつ、家事審判法（当時）の手続には当事者の手続関与権、審問請求権が一応充足されているため、憲法違反の問題は生じないとした。

### 【那須反対意見】

那須反対意見は、即時抗告により不利益変更を受ける抗告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等を送達ないし送付する必要があることを前提に、原決定をそのまま残せば憲法 32 条違反の疑念を解消できないとし、この問題を解消するためには、職権で原決定を破棄することが最低限必要であるとした。

## 2.2 最決平成 23 年 4 月 13 日民集 65 巻 3 号 1290 頁（平成 23 年決定）

### 【事実の概要】

本事例の本案訴訟は、以下のような本訴と反訴からなる。本訴は、Y（本訴原告、反訴被告、抗告人）が元従業員であった X（本訴被告、反訴原告、特別抗告人）に対して、Y の事務所にあった金庫から 400 万円を持ち出したと主張して、民法 709 条に基づく損害賠償として、未返還の 100 万円とこれに対する遅延損害金の支払いを求める損害賠償請求事件である。反訴は、X が Y に対して、X に在職中の時間外手当の支払いを求める残業代支払請求事件である。

本訴における第一回口頭弁論期日前、X は残業代に関してタイムカード（以下、「本件文書」とする）の文書提出命令申立て（以下、「本件申立て」とする）を行った。第 1 回期日において、担当裁判官は両当事者に対して、文書提出命令の申立てについて先行して判断するため、これに関する疎明資料を提出するよう指示した。双方の資料が提出された後、原々審は、Y は本件文書を所持しており、本件文書は民訴法 220 条 3 号所定の利益文書に当たるなどとして、Y に本件文書の提出を命じた（原々決定）。

これに対し Y は即時抗告をした。Y は、原々審に

においては、簡単な意見書を提出していたにすぎなかったが、即時抗告申立書には Y が本件文書を所持していないとする理由がより具体的に記載されており、原々決定後受訴裁判所にその写しが提出された書証が引用されていた。原審は X に即時抗告申立書の写しを送付することも即時抗告があったことを通知することなく、原々決定後に提出された書証をも用い、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下した（原決定）。

これに対して X は、原審が X に抗告状や抗告理由書の写しを送付することなく原々決定を取り消したことは憲法 32 条に違反すると主張して、特別抗告を申し立てた。なお、X は許可抗告の申立てもしていたが、不許可であった。

### 【決定要旨】

破棄差戻し。

本件文書は、本案訴訟において、抗告人が労働に従事した事実及び労働時間を証明する上で極めて重要な書証であり、本件申立てが認められるか否かは、本案訴訟における当事者の主張立証の方針や裁判所の判断に重大な影響を与える可能性がある上、本件申立てに係る手続は、本案訴訟の手続の一部をなすという側面も有する。そして、本件においては、相手方が本件文書を所持しているとの事実が認められるか否かは、裁判所が本件文書の提出を命ずるか否かについての判断をほぼ決定付けるほどの重要性を有するものであるとともに、上記事実の存否の判断は、当事者の主張やその提出する証拠に依存するところが大きい。以上に照らせば、「上記事実の存否に関して当事者に攻撃防御の機会を与える必要性は極めて高い。」

記録によれば、相手方が提出した即時抗告申立書には、相手方が本件文書を所持していると認めた原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、原々決定後にその写しが提出された書証が引用されているにもかかわらず、原審は、抗告人に対し、同申立書の写しを送付することも、即時抗告があったことを抗告人に知らせる措置を執ることなく、その結果、抗告人に何らの反論の機会を与えないまま、上記書証をも用い、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下している。抗告人において、相手方が即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつき、抗告人の責め

に帰すべき事由があることもうかがわれない。

以上の事情の下においては、「原審が、即時抗告申立書の写しを抗告人に送付するなどして抗告人に攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、本件申立てを却下するという抗告人に不利益な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるといわざるを得ない。そして、この違法は、裁判に影響を及ぼすことが明らかであるから、その余の点について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そこで、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

### 2.3 立法の展開

当事者が帰責事由なく告知・聴聞の機会を逸するに至ってしまった、いわば不備のある手続についての訴訟が最高裁に持ち込まれた場合、その裁判の結果如何にかかわらず、当該不備のある手続については、後に立法によって手当がなされたというケースが少なくない。平成20年決定後の「非訟事件手続法」「家事事件手続法」のほか、過去には、第三者所有物没収事件判決後に制定された「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」や成田新法事件判決後に制定された「行政手続法」の制定は、その例である<sup>6</sup>。

## 3 検討

### 3.1 平成20年決定と平成23年決定の比較

原審において抗告状等の送付がないままに抗告人に不利益な変更がなされたことについて、平成20年決定は、憲法32条の問題ではないとする伝統的な訴訟非訟二分論を採用した<sup>7</sup>。原審の手続に問題があったとしてもそれは特別抗告の理由にあたらないとし、いわゆる職権破棄（抗告の場合、民訴法331

条、同327条2項、同325条2項）<sup>8</sup>には至らなかった。一方、平成23年決定では、憲法32条違反か否かの判断はなされていないものの、原審の手続に問題がある場合に職権破棄をすることができるとされた。

以上の平成20年決定から平成23年決定への転換は、事実上の判例変更との評価されている<sup>9</sup>。この転換のキーワードとして、平成23年決定において言及された、「手続的正義」を挙げることができる<sup>10</sup>。

### 3.2 手続的正義

「手続的正義」という用語は、平成23年以前の判例および刑事訴訟法の中に見ることができる。

#### 3.2.1 最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁

最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁は、弁論再開をしないで判決をした控訴裁判所の措置を違法と判断し、裁判所の裁量権は絶対無制限のものではないことを指摘した判例である。

①判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防御方法を主張するために弁論再開が申請されていること（判決結果への影響および重要性）、②口頭弁論終結前には、当該攻撃防御方法の存在を知らず、かつ知らなかったことにつき当事者に帰責事由がないこと（帰責事由の不存在）、③弁論再開の判断をしないと、当該攻撃防御方法を後訴で主張することが既判力によりできなくなる関係にあること（治癒可能性の不存在）の3つが満たされる場合に、弁論再開は手続的正義に反し、裁判所には弁論再開の義務があるとした<sup>11</sup>。

<sup>8</sup> 拙稿「即時抗告の相手方に攻撃防御の機会を与えることなく相手方の申立てに係る文書提出命令を取り消し同申立てを却下した抗告裁判所の審理手続の違法性」同志社法学65巻1号（2013年）259頁参照。

<sup>9</sup> 新堂幸司・前掲注（3）16頁。

<sup>10</sup> 拙稿・前掲注（8）261頁以下参照。

<sup>11</sup> ①にいう情報状態の未成熟が強く認められたとしても、それをもたらした攻撃防御方法提出の遅滞が当事者の故意・重過失に当たるような場合には弁論再開義務があると言い難いため、手続的正義との関係では②が重要な考慮要素となると考えられている。山田文「口頭弁論の終結」大江忠ほか編『手

<sup>6</sup> 拙稿「民事・刑事手続におけるデュー・プロセスの交錯と統合—米国の判例と日本国憲法31条を手がかりに—」同志社法学66巻1号（2014年）84頁以下参照。

<sup>7</sup> 純然たる訴訟事件の裁判は憲法32条と82条の裁判であるから公開・対審・判決という手続保障が憲法上要請されるが、非訟事件の裁判はそれに該当しないから憲法32条と82条の手続保障は及ばないとする判例法理。

当時必ずしも一般的なものとはいえなかった手続的正義という用語が使われたのは、「主任であった中村治朗裁判官の明確な意志によるものであった」とされる<sup>12</sup>。

### 3.2.2 民事訴訟法と刑事訴訟法の比較

上告理由と破棄差戻し事由について、民事訴訟法と刑事訴訟法では、興味深い差異が存在する。まず、民事訴訟法と刑事訴訟法を比較するため、関連する条文を列挙しておく。なお、重要と思われる部分に傍線を付した。

#### 3.2.2.1 民事訴訟法

##### 第 312 条（上告の理由）

上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる。

##### 2 （略）

第 325 条（破棄差戻し等） 第 312 条第 1 項又は第 2 項に規定する事由があるときは、上告裁判所は、原判決を破棄し、次条の場合を除き、事件を原裁判所に差し戻し、又はこれと同等の他の裁判所に移送しなければならない。高等裁判所が上告裁判所である場合において、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときも、同様とする。

2 上告裁判所である最高裁判所は、第 312 条第 1 項又は第 2 項に規定する事由がない場合であっても、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原判決を破棄し、次条の場合を除き、事件を原裁判所に差し戻し、又はこれと同等の他の裁判所に移送することができる。

#### 3.2.2.2 刑事訴訟法

第 405 条 高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立をすることができる。

1 憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること。

##### （略）

第 410 条 上告裁判所は、第 405 条各号に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければ

ならない。但し、判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合は、この限りでない。

##### 2 （略）

第 411 条 上告裁判所は、第 405 条各号に規定する事由がない場合であつても、左の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。

1 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること。

##### （略）

#### 3.2.2.3 上告理由と破棄差戻し事由の関係の比較

現行の民事訴訟法上、憲法違反を理由に上告しても、破棄の理由は憲法違反ではないということが起こりうる。これは、現行民訴法が最高裁判所の負担軽減を図るために上告理由を同 312 条 1 項および同条 2 項所定の事由に限定する一方で、事案を適正に解決するために最高裁判所が法律審としての権限を行使できるように同 325 条 2 項で職権破棄を認めたことによるとされる<sup>13</sup>。

刑事訴訟法 410 条は「第 405 条各号に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない」と定めていることから、刑訴法 405 条 1 項の事由（憲法違反）がある場合、原則として同 410 条による破棄がなされるものと考えられる。続く同 411 条は、同 405 条各号に規定する事由がない場合であっても、判決に影響を与える法令の違反などがあり、「原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるとき」は、判決で原判決を破棄することができるとしている。この、職権破棄に際して「正義」に反する場合を規定している点が、刑事訴訟法の特徴である。ただし、刑訴法 411 条のいう正義については、明確な定義や要件が存在するわけではない。「いくらこれを言い換えてみても、その内容が格別明確になるという類のものではなく、具体的な適用例を積み重ね、検討していくほかない」ものであるとされている<sup>14</sup>。

なお、刑訴法 411 条については、同 405 条事由がない場合のみに本条で破棄できるのではなく、405 条事由があつても本条で破棄できるとの見解がある<sup>15</sup>。

続裁量とその規律』（有斐閣、2005 年）307 頁。

<sup>12</sup> 加藤新太郎「弁論の再開—コメント」大江忠＝加藤新太郎＝山本和彦編『手続裁量とその規律』（有斐閣、2005 年）314 頁参照。

<sup>13</sup> 笠井＝越山編・前掲注(1)〔笠井〕1067 頁。

<sup>14</sup> 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第 6 巻』（青林書院、1996 年）〔原田國男〕545 頁。

<sup>15</sup> 伊藤栄樹ほか著『新版注釈刑事訴訟法第 6 巻』（立

この見解によれば、刑事訴訟においては、憲法違反と判断されるべき事案であっても、必ずしも憲法違反を理由として破棄差戻しする必要はなく、刑訴法 411 条 1 号の法令違反が存在しかつ著しく正義に反するとして破棄差戻しをすることも可能ということになる。

### 3.3 平成 23 年決定の問題点

以上を踏まえ、平成 23 年決定の問題点を指摘したい。

まず、平成 20 年決定では判決理由中に上告理由として挙げられた憲法の条文についての言及がある一方、平成 23 年決定では言及がなく、かわりに「手続的正義」という概念が唐突に用いられている。判例は、昭和 56 年判決において裁量権の範囲が無制限でないことについては承認しているが、何ら条文上の根拠を持たない（少なくとも明示的に挙げられていない）「手続的正義」の概念をもって、その外縁を画する基準としてよいのか、疑問が残る。

次に、平成 23 年決定は、結論として破棄差戻しとなっていることから、特別抗告について定めた民訴法 336 条 3 項によって同 325 条が準用されたはずである。決定理由中に違反した憲法の条文についての言及がないことから、準用されたのは 325 条 1 項ではなく、「法令違反」による破棄差戻しを定めた 325 条 2 項ということになる。しかし、同決定において「法令の違反」の「法令」とは具体的に何を指すのか、不明である。

## 4 私見

### 4.1 破棄差戻しに際しての違反条文の提示（私見 1）

現行民事訴訟法において、最高裁判所に課されている、憲法判断機能と法令解釈統一機能の充実という課題のうち、抗告手続については、前者を 336 条の特別抗告制度が、後者は 377 条の許可抗告制度が担っているとされる<sup>16</sup>。加えて、現行法が抗告手続について裁量上告制度を採用しなかったのは、最高裁の負担解消のためとされている。以上から、許可抗告の審査主体は高裁であることを踏まえても、許可抗告が不許可であった平成 23 年決定の事案のような場合、最高裁に制度上期待されるのは、特別抗

告審として特別抗告理由に挙げられた憲法違反について正面から判断することであると考えられる。

上告理由と破棄差戻し事由の関係についても、同様のことが考えられよう。民訴法 320 条は、上告裁判所の調査の範囲を、「上告の理由に基づき、不服申立てがあった限度」に制限している。加えて、民事訴訟規則 190 条 1 項は、「判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とする上告の場合における上告の理由の記載は、憲法の条項を掲記し、憲法に違反する事由を示してしなければならない。この場合において、その事由が訴訟手続に関するものであるときは、憲法に違反する事実を掲記しなければならない。」と定めている。民訴法 312 条 1 項に該当するとしてなされた上告については、上告理由中で挙げられた憲法の条文についての判断がなされることが原則であるといえよう。以上から、法令解釈統一を制度趣旨とする上告受理申立て経由の場合とはともかく、312 条 1 項に該当するとしてなされた憲法判断を求める上告について、325 条 1 項による破棄差戻しをする際には、検討対象となった破棄差戻しの根拠たる憲法の条文への言及がなされるべきと考える。325 条 2 項の法令違反による破棄差戻しの場合も、民事訴訟法では刑事訴訟法と異なり「反正義」による差戻しは条文上認められていないので、違反する法令を具体的に提示する必要があると考える。

### 4.2 憲法上の基本原則の民事訴訟手続上の考え方（私見 2）

上告理由と破棄理由の不一致が現行法上起こりうることは先述のとおりである。このような仕組みになっているのは、最高裁の当事者救済機能を確保するためである。

また、学説上存在が肯定されている審尋請求権をはじめとした憲法上の基本原則については、「そのいづれも限界の明瞭を欠き相互に融通する面があるうえ、各個の訴訟法規がすでにそれらを具体化して定立されている限りでは、直接にはそれらの法規違背が問題となるに過ぎない」「個別規定がない範囲において、憲法上の基本原則自体が裁判所や訴訟関係人の行動を律する評価基準として機能する」とされている<sup>17</sup>。

花書房、1998 年）〔柴田孝夫〕451 頁。

<sup>16</sup> 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996 年）374 頁。

<sup>17</sup> 中野貞一郎「民事訴訟における憲法的保障」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』（有

これらと、いわゆる「憲法判断回避の準則」<sup>18</sup>をあわせると、憲法上の基本原則を内包する条文が民事訴訟法上に存在するのであれば、裁判所は憲法そのものの違反を判断するのではなく、当該民法の条文の解釈をもって、同条違反、すなわち法令違反のレベルで判断することができる、あるいは、判断すべきであるとも考えられるのではなかろうか。

この点について、憲法違反と法令違反を区別すべきであるとの反論も予想されるが<sup>19</sup>、325 条 2 項の趣旨である当事者救済の観点からすれば、違法による差戻しも違憲による差戻しも、当事者にとって重大な差異は生じないとの再反論も可能であろう。最高裁への上告について、当事者救済、法令の解釈の統一のほか、立法・行政府への事実上の要請（法整備要請機能や、制度的なアクセス保障を権力府に要求する憲法 32 条の実質化責務など）の存在を認め、憲法違反の判断はそれらの要請に最高裁が司法府として応える必要がある場合にすればよい<sup>20</sup>、との解釈も、不可能ではなかろう。

しかし、そもそも民事訴訟法のすべての条文は、何らかのかたちで憲法上の基本原則を内包していることができる。私見 1 の前提に立った場合に問題が顕在化するの、平成 23 年決定の事案のように、直接的に違反する条文が民事訴訟法上に存在しないが、裁判所自身も手続の瑕疵を認め、当事者救済のために原判決を破棄すべきであるという場合である。もし刑事訴訟であったのなら、刑法 411 条によって「反正義」を理由に原判決を破棄することが可能であろう。しかし、民事訴訟法上は「法令の違反」を理由とする破棄は認められているが、「反正義」などの漠然とした概念違反を理由とする破棄は想定されていない<sup>21</sup>。

斐閣、1988 年）13 頁。

<sup>18</sup> 芦部信喜『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）381 頁等参照。

<sup>19</sup> 本間靖規「上告理由と手続保障—ドイツの議論を参考にして」松嶋英機＝伊藤眞＝福田剛久編『新しい時代の司法』（商事法務、2011 年）625 頁以下。

<sup>20</sup> この裁量権を最高裁に与えることは行き過ぎであるとの反論も考えられるが、付随的違憲審査制を採用している時点で、司法府の謙抑性については担保されているといつてよいのではなかろうか。

<sup>21</sup> 従来、根拠となる憲法の条文やその他の法令の条文を挙げずに、漠然と「手続保障がなされなかった」

そこで私見としては、裁判所の責務規定である点に着目し、民法 2 条を、憲法上の基本原則を内包する民事訴訟法の総則的な条文にとらえ、同条違反として処理すべきなのではないかと考える。以下、詳述する。

#### 4.3 民事訴訟法 2 条の裁判所の責務規定の解釈（私見 3）

民法 2 条は、裁判所及び当事者の責務について、「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」としている。

一般に、民事訴訟法学において、同条は当事者の信義則についての規定であると理解されており、判例・学説において、様々な解釈指針が展開されている。

一方で、同条が、裁判所に向けられた責務規定でもあるという点については<sup>22</sup>、従来あまり着目されてこなかった。裁判所の責務に着目して、本条を文言通りに読めば、裁判所は民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努めなければならないという、「公正かつ迅速」についての裁判所の努力義務を定めたものに過ぎないように見える。

しかし、「迅速」については努力義務とせざるを得ない事情（裁判所の訴訟運営が当事者の訴訟行為に依存すること、司法資源の有限性など）が考えられるとしても、民事訴訟の「公正」（＝公平＋適正<sup>23</sup>）までも、努力義務と解すべきであろうか。すなわち、特段の事情があるのなら、裁判所は民事訴訟を公平適正に行わなくてもよい、と解する余地を

---

ことや「手続的正義に反する」ことなどを理由とした破棄差戻しが平然となされてきたように思われる。しかし、本稿 3.2.1 で紹介した弁論の再開に関する最判昭和 56 年 9 月 24 日民集 35 卷 6 号 1088 頁で示されたように、裁判所の裁量権は絶対無制限のものではないのであれば、せめて、裁量権行使の中心軸として、根拠となる総則的条文を想定・提示しておくべきであろう。

<sup>22</sup> この点について言及するものとして、賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法（1）〔第 3 版追補版〕』（日本評論社、2012 年）〔中野貞一郎〕16 頁、笠井＝越山編・前掲注(1)〔越山〕16 頁。

<sup>23</sup> 笠井＝越山編・前掲注(1)〔越山〕15 頁。



残してよいのであろうか。民事訴訟の公正までもを努力義務にすぎないと解することには、重大な問題があるように思われる。

そこで、同条文の文言上で、「迅速」と「公正」を結びつけている、「かつ」という用語について、検討してみたい。

法律用語としての「かつ」の使用方法是、

- ・複数の語や文章を「同時に」という意味を持たせて強く結び付けていづれも同等の重要性があることを示す場合<sup>24</sup>。
- ・形容詞句を強く結びつけて一体不可分の意味を表す場合、行為や用件を表す語句を並列させて、行為が同時に行われ、要件がともに満たされなければならないことを意味する場合<sup>25</sup>。
- ・「かつ」の後ろに置かれる用語または文章について、「かつ」の前の用語または文章との対比において「加えて」とか「同時に」とかいう意味合いを持たせる場合<sup>26</sup>。

とされており、同時性に重点が置かれている場合に用いられる用語であることがわかる。

このことから、民訴法2条の裁判所の責務規定について、以下のような解釈が可能であると考えられる。確かに、同条のいう「公正」と「迅速」は性質上、ときに両立が困難であるため、その両方を同時に達成すること（両者を「かつ」でつなぐ意味）については、努力義務であると解さざるをえない。しかし、裁判所が「不公正」な手続を行うことは、憲法上の適正手続の要請から許されないと考えるべきである。したがって、「公正」の部分については、「迅速」との同時達成については努力義務であるが、「公正」単体の要請を遵守することについては、たとえ「迅速」の要請が後退してでも守られるべき、裁判所の義務であると解すべきである（民訴法2条を根拠とする裁判所の公正義務の想定）。特に、当事者に帰責事由がなく、裁判所の手続運営上の瑕疵によって当事者に不利益な結果がもたらされた場合などには、このように解する余地が大きいと考える。

<sup>24</sup> 林大＝山田卓生編『法律類語難語辞典〔新版〕』（有斐閣、1998年）30頁。

<sup>25</sup> 浅野一郎編『改訂 法制執務辞典』（ぎょうせい、1982年）266頁。

<sup>26</sup> 林修三ほか編『法令用語辞典〔第6次改訂版〕』（学陽書房、1986年）74頁。

#### 4.4 裁判所の公正義務の内容（私見4）

民訴法2条を根拠とする裁判所の公正義務を想定するとして、その内容が問題となるが、現時点では、つぎの2つの方向性を提示しておくことにしたい。

##### 4.4.1 方向性1 手続的デュー・プロセス違反（私見4-1）

学説上一般に「公正」＝公平＋適正と解されていること、また、民訴法2条を憲法上の基本原則を内包する条文の総則と解する私見を前提とすれば、裁判所の公正義務の内容を、適正手続条項と解されている憲法31条を根拠とする手続的デュー・プロセス<sup>27</sup>と同義であると考えられるように思われる。このように考えると、具体的には、

- ①当事者の、意思決定手続への参加（告知・聴聞の機会の保障）
- ②公平な裁定人（意思決定者が中立の非当事者であること）
- ③聴聞の先行（聴聞が裁定行為に先行すること）
- ④手続全般にわたる聴聞の機会の保障（聴聞権はすべての手続段階に付随すること）

の4つについての義務を裁判所に課すということになる<sup>28</sup>。

##### 4.4.2 方向性2 信義則違反（私見4-2）

民訴法2条について、「当事者相互間の信頼保護だけでなく、裁判所の裁判や態度に対する当事者の信頼の保護という関係でも、裁判所・当事者間で信義則が働く場合は十分に考えられる。」<sup>29</sup>「まだ議論は熟していないが、裁判所が当事者に対して信義誠実義務を負うのかどうかということも問題となる。これは、裁判所が自己の法的見解や定着していた実務慣行を突然覆することができるかなどの形で問題となろう。」<sup>30</sup>との見解もあることから、裁判所の公正義務を裁判所の当事者に対する信義則ととらえることも可能であろう。平成20年決定の判旨が「少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきである。」と述べていることから、この方向性についても、採用の余

<sup>27</sup> 拙稿・前掲注(6)94頁以下参照。

<sup>28</sup> 拙稿・前掲注(6)106頁以下参照。

<sup>29</sup> 賀集ほか編・前掲注(22)〔中野〕16頁。

<sup>30</sup> 笠井＝越山編・前掲注(1)〔越山〕16頁。



地があると考える。抗告状の送付が実務慣行であるのならば、これを覆すことが、民訴法 2 条との関係で問題となりうる、と構成することも不可能ではないと思われる。具体的には、禁反言のようなものを裁判所の手続運営についても想定することになるのか。参考までに、租税法の領域における信義則について言及した、最判昭和 62 年 10 月 30 日裁判集民 152 号 93 頁を紹介しておく。重要だと思われる部分に傍線を付した。

「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。

そして、右特別の事情が存するかどうかの判断に当たっては、少なくとも、

- ① 税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、
- ② 納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、
- ③ のちに右表示に反する課税処分が行われ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、
- ④ 納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうか

という点の考慮は不可欠のものであるといわなければならない。」

このように、権力的な処分に対する信義則の適用には、①信頼の対象となる公的見解の表示、②当該市民の信頼とそれに基づく行動、③公的見解の表示に反する処分による損害の発生、④当該市民の行動についての当該市民の帰責性の不存在、の 4 つが考慮要件とされる。

税務官庁と納税者という構図を、裁判所と当事者という関係に直接的に対置することには一定の留保

が必要であるかもしれない。しかし、この判例が、課税処分という権力的な行為についても、信義則が用いられうることを示したということを踏まえれば、裁判所の公権力の行使の過程で生じた瑕疵についても同様に、信義則の適用余地があるように思われる。

## 5 まとめ

以上、非常に雑駁な私見を述べてきたが、むすびに、私見を平成 23 年決定に適用した場合の帰結を提示し、本稿を閉じることにはしたい。

平成 23 年決定の事案のように、裁判所の手続的瑕疵の存在が明らかである場合、その瑕疵を是正するため、差戻しをする必要がある。

このとき、判決・決定を通じた裁判所による立法行政府への事実上の要請（法整備依頼機能や、制度的なアクセス保障を権力府に要求する憲法 32 条の実質化責務など）が判決・決定理由中に見受けられない場合で、かつ、憲法上の基本原則を内包する民事訴訟法の条文が存在するのであれば、たとえ上告理由として憲法違反が挙げられていても、憲法違反の判断をする必要はない（私見 2）。

ただし、差戻す根拠となる条文は提示しなければならない（私見 1）。

憲法上の基本原則を内包する民事訴訟法の条文としては、裁判所の責務規定を定める第 2 条が想定され、裁判所には、民訴法 2 条を根拠とする公正義務が存在する（私見 3）。

### ・私見 4－1 の場合

裁判所の公正義務違反（民訴法 2 条違反）について、それを手続的デュー・プロセス違反と考えるのであれば（私見 4－1）、手続的デュー・プロセスの 4 要件①当事者の意思決定手続への参加②公平な裁定人③聴聞の先行④手続全般にわたる聴聞の機会の保障（4.4.1 参照）のうち、①④が欠けていることを理由として、民訴法 2 条違反が構成され、破棄差戻しをすることができる。

### ・私見 4－2 の場合

抗告状等が裁判所から送付されるか否かは、当事者にとって、その後の活動を方針付ける重要な分岐点となる。4.4.2 で挙げた権力的な処分に対する信義則適用に際しての 4 つの考慮要件を平成 23 年決定の事案にあてはめると、以下のとおりになる。

①非訟的手続において、第一審における決定後、裁判所が当事者の信頼の対象となるものを「表示」

するのは、抗告状等を「送る」ことか「送らない」ことかのいずれかである。これ以外に、裁判所が当事者に対して「信頼の対象となる公的見解を表示」することはありえない。

②当事者（被抗告人）は、抗告状等が送達されない場合、相手方からの抗告はなかったものとする<sup>31</sup>（信頼）。第一審の判決や決定に則った行動をとる<sup>32</sup>（行動）。

③裁判所によって、「抗告状等を送らない」ことに反する処分が行われ（被抗告人に不利益な裁判がなされ）、そのために被抗告人が不利益を受けることになった。

④被抗告人が裁判所の表示（送付または不送付の二択、うちの不送付）を信頼し、その信頼に基づいて行動した（抗告審で争わなかった）ことについて被抗告人の責めに帰すべき事由がない。

以上から、当事者に帰責事由がなく、裁判所の手続運営上の瑕疵によって当事者に不利益な結果がもたらされた平成23年決定の場合、裁判所の信義則違反（民訴法2条違反）と構成して、破棄差戻しをすることができる。

なお、本稿では、私見4-1と私見4-2のいずれが妥当であるかという点については、結論を出すことができなかった。今後の検討課題としたい。

（原稿受理年月日 2015年9月30日）

---

<sup>31</sup> 当事者が、「自身に抗告状等が送達されないこと」を「相手方からの抗告はなかった」と考えるのは、信頼に足ることであると思われる。

<sup>32</sup> この場合は抗告審への不出廷。